a: Aj. TEPV

CLAUDE REYMOND
ALEXANDRE BONNARD
PHILIPPE CHAMPOUD
JEAN-PAUL MAIRE
AVOCATS
PIERRE RAMELET
AVOCAT-CONSEIL
DOCTEURS EN DROIT

TÉLÉPHONE:
SUISSE (021) 20 68 51
INTERNATIONAL (41 21) 20 68 51
TÉLEX: 25 633 AVBAR CH
CHÈQUES POSTAUX: 10-4954

5, RUE DU GRAND-CHÊNE
1003 LAUSANNE

7 novembre 1984

FABRIQUES DE TABAC REUNIES SA
A l'att. de M. R. PANTET

2003 NEUCHATEL

Démonstration de la cigarette BARCLAY

Cher Monsieur,

Vous m'avez demandé, par téléphone, de bien vouloir vous donner mon avis sur le problème suivant :

Après que le Tribunal Fédéral aura, par hypothèse, rejeté le recours formé par B.A.T., vos forces de vente peuvent-elles utiliser la cigarette BARCLAY pour prouver qu'une cigarette BARCLAY, équipée d'une manchette dépassant quelque peu l'extrêmité du filtre, a un goût nettement moins fort et prononcé qu'une cigarette BARCLAY normale.

1.- Sur le plan juridique, le siège de la matière paraît être l'art. 43 de la convention en ce qui concerne les rapports résultant du cartel et se trouve à l'art. 1 de la loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD), d'une manière générale.

L'art. 43, al. 3, de la convention prescrit que "la publicité ne doit contenir aucun argument comparatif dénigrant les produits d'autres fabricants. Les affirmations concernant la valeur d'un produit n'impliquent pas un tel dénigrement".

2025443175

Source: https://www.industrydocuments.ucsf.edu/docs/mywb0003

2.- L'on doit se demander, dans le cas particulier, si votre action est une action publicitaire. Je pense que, dans le sens très général du mot publicité, une telle action doit être rangée dans la catégorie des actions publicitaires et, par conséquent, être visée par l'art. 43 de la convention.

Il faut aussi se demander si cette publicité est ou non une publicité comparative. Dans la mesure où vous feriez une expérience de fumage avec et sans manchette sur la cigarette BARCLAY et ensuite sur une de vos cigarettes ou sur une cigarette d'un concurrent, il s'agirait évidemment d'une publicité comparative. Mais si vous vous bornez à faire l'expérience du double fumage sur la seule cigarette BARCLAY, la réponse est moins évidente.

L'on pourrait en effet admettre qu'il s'agit d'une simple appréciation sur le produit de la concurrence et cette appréciation pourrait avoir un caractère dénigrant ou être considérée comme une publicité trompeuse, dès lors qu'elle ne donnerait pas l'occasion à la personne qui la reçoit, de faire la comparaison de l'expérience avec d'autres cigarettes que la cigarette BARCLAY.

Ce que je viens de dire est cependant atténué par la dernière phrase de l'art. 43, al. 3, de la convention qui, je le rappelle, précise que des affirmations concernant la valeur d'un produit n'impliquent pas un dénigrement. Mais il me semble que cette phrase doit être comprise comme étant la suite de la phrase précédente où il est question d'arguments comparatifs.

Sous le seul angle de la convention, je me permets de vous conseiller de ne pas faire l'expérience du double fumage sur la seule cigarette BARCLAY, mais de permettre à celui devant lequel vous faites l'expérience de vérifier sur d'autres cigarettes que l'effet BARCLAY n'est pas réalisé sur celles-ci.

3.- Les dispositions intéressantes de la loi fédérale sur la concurrence déloyale sont les toutes premières dispositions de cette loi. Je les reproduis ici pour vous éviter d'avoir à les rechercher dans le texte légal, tout en vous rappelant qu'elles sont reprises à l'art. 13 LCD traitant des sanctions pénales.

2025443176

Source: https://www.industrydocuments.ucsf.edu/docs/mywb0003

"

Article premier Est réputé concurrence déloyale au sens de la présente loi tout abus de la concurrence économique résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi.

Enfreint les règles de la bonne foi, par exemple, celui qui :

a. Dénigre autrui, ses marchandises, ses oeuvres, son activité ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes;

b. Donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, ses marchandises, ses oeuvres, son activité ou ses affaires, ou, en donnant sur des tiers des indications de même nature, les avantage par rapport aux concurrents;

"

a) Comme le relève le Tribunal Fédéral dans un arrêt Ing. W. OERTLI Aktiongesellschaft c/ AG für Oelfeuerungen & cts (ATF 87 II 113, résumé au JT 1961 I pages 600 et 601), celui-ci a déjà jugé sous l'empire de l'art. 48 CO que la publicité comparative, même s'il y est question de personnes, n'est pas illégale, pourvu qu'elle soit objectivement exacte, n'induise pas le public en erreur et ne soit pas dénigrante. Et le Tribunal d'ajouter qu'il n'y a aucune raison de changer cette jurisprudence.

Selon notre Haute Cour, la LCD n'a pas pour but de garantir dans tous les cas la position économique atteinte par une personne contre les attaques de ses concurrents. Elle permet à chacun de dépasser les autres par ses propres prestations et elle interdit uniquement d'arriver à ce résultat par des moyens contraires aux règles de la bonne foi.

2025443177

Source: https://www.industrydocuments.ucsf.edu/docs/mywb0003

b) Le Tribunal Fédéral a repris ces principes dans un arrêt BIRCHLER & CO c/ LATTOFLEX DEGEN AG (RO 102 II 292 résumé in JT 1977 I pages 516 et ss).

Mais, dans cet arrêt, le Tribunal Fédéral a précisé que, pour qu'une publicité comparative apparaisse inadmissible au sens de la LCD, il n'est pas indispensable qu'elle fasse usage de propos mensongers, fallacieux ou inutilement blessants. L'usage d'autres allégations peut aussi la faire apparaître inadmissible, si, appréciées au regard des principes de la bonne foi, elles apparaissent déloyales.

Dans cette affaire, le Tribunal Fédéral a jugé inadmissible de se référer constamment dans sa publicité à un produit concurrent dont les qualités sont déjà bien connues dans le public pour bénéficer de la réputation acquise par ce produit. Pour dégager cette jurisprudence, le Tribunal Fédéral s'est davantage fondé sur l'art. 1, al. 1, que sur l'art. 1, al. 2 LCD.

c) Le Tribunal Fédéral a repris les mêmes principes que ceux énoncés ci-dessus dans un arrêt FISCHER Gesellschaft mbH & cts c/ HALDEMANN & ROSSIGNOL SKIS AG (RO 104 II page 124 résumé in JT 1978 I 279; cet arrêt est d'ailleurs largement cité dans la procédure FTR, BURRUS & cts c/ BAT à Genève).

En cette affaire, le Tribunal Fédéral a affirmé que le caractère admissible ou non de la publicité comparative dépendait du point de savoir si la comparaison était objectivement juste, ne risquait pas d'induire en erreur et n'était pas inutilement dénigrante.

Il a considéré que la publicité où figurait une liste des différentes marques de ski classées dans l'ordre du nombre des points déjà obtenus par les coureurs était de nature à induire le lecteur en erreur en éveillant chez lui une image inexacte de la situation réelle.

2025443178

Source: https://www.industrydocuments.ucsf.edu/docs/mywb0003

Il faut pour cela se fonder sur le sens que, de bonne foi, le public concerné pouvait donner à cette publicité. ROSSIGNOL n'a pas prétendu que ses skis étaient meilleurs que ceux de la concurrence. Il a seulement fait état de résultats obtenus, cherchant apparemment à éveiller, dans l'esprit de l'acheteur, l'idée d'une relation entre les succès obtenus sur le plan sportif et la qualité du ski, et à amener les intéressés à acheter des skis ROSSIGNOL plutôt que ceux d'une autre marque.

Le Tribunal Fédéral a précisé que la comparaison des résultats obtenus par différentes sociétés ou différentes personnes, sous forme de classement, n'est pas de nature à induire en erreur du seul fait que, comme en l'espèce, on prend en considération les résultats obtenus comme seul critère, pour autant que ce fait ressorte clairement et que l'on n'en tire pas de conclusions plus étendues ou définitives.

Mais, dans le classement des marques établi par ROSSIGNOL, les points obtenus par tous les coureurs de la même marque de skis étaient additionnés. Ainsi, le résultat du classement s'améliorait non seulement en fonction des résultats obtenus par les concurrents pris individuellement, mais aussi en fonction du nombre des participants, ce qui n'est pas le cas selon les règles de la Coupe du Monde où seuls les dix premiers concurrents obtiennent des points compris entre 25 et 1.

En définitive, sur la base de la LCD, l'on peut dire que la publicité comparative est admissible, dans la mesure où le produit du concurrent n'est pas dénigré, dans la mesure où le public n'est pas induit en erreur par cette publicité et dans la mesure où aucun moyen contraire à la bonne foi n'est utilisé dans la publicité. Pour apprécier chaque cas d'espèce, il faut examiner l'impression que le public retire de la publicité.

Il me semble que la notion de dénigrement n'est pas exactement la même selon qu'elle est comprise dans le sens de la convention cartellaire ou qu'elle l'est dans le cadre de la LCD. La convention cartellaire prescrit que les affirmations concernant la valeur d'un produit n'impliquent pas un dénigrement. Cette restriction ne figure pas dans la LCD.

2025443179

Source: https://www.industrydocuments.ucsf.edu/docs/mywb0003

L'on doit donc se demander ce qu'il faut entendre par dénigrement et si le dénigrement peut ou non consister en une affirmation sur la valeur d'un produit.

Le Petit Larousse illustré définit ainsi le mot dénigrer : "attaquer la réputation, le talent de quelqu'un; discréditer, décrier".

Le Petit Robert définit ainsi le même mot : "s'efforcer de "noircir", de faire mépriser (quelqu'un, quelque chose) en attaquant, en niant les qualités". Le Petit Robert renvoie aux verbes attaquer, calomnier, critiquer, débiner, décrier, déprécier, discréditer, rabaisser.

Au vu des définitions et synonymes qui précèdent, il me semble que l'une des manières de justifier l'opération envisagée est de l'entreprendre en vue d'expliquer l'arrêt du Tribunal Fédéral, sans dire aucun mal quelconque de la société BAT ou de la BARCLAY.

Je pense que si vous vous limitiez à une pure explication technique de la particularité du filtre BARCLAY, sans faire aucune critique de la société BAT et de la publicité qu'elle a faite à propos de la cigarette BARCLAY, votre expérience peut passer la rampe, dans la mesure, surtout, où elle consiste à expliquer l'arrêt du Tribunal Fédéral.

Je déconseillerais très vivement l'opération envisagée s'il n'y avait pas un arrêt du Tribunal Fédéral qui ait un certain retentissement dans la presse. L'on pourrait en effet considérer, alors, que la comparaison que vous voulez effectuer a pour seul but de décrier le produit du concurrent. Il y aurait alors violation de la LCD.

4.- Toujours au regard de la LCD, je me suis demandé si l'expérience que vous entendez faire sur la BARCLAY devait être faite seulement sur des anciennes cigarettes ou sur de nouvelles cigarettes.

En définitive, et après avoir pensé le contraire, je suis parvenu à la conclusion qu'il valait mieux faire cette démonstration avec de nouvelles cigarettes, ne comportant pas d'indication de teneurs.

2025443180

Source: https://www.industrydocuments.ucsf.edu/docs/mywb0003

Vous pourriez en effet justifier votre action, en tirant prétexte du fait qu'il n'y a pas d'indication de teneurs, ou une double indications, pour expliquer cette particularité sur les nouveaux paquets. Cela montrerait bien la particularité de la cigarette BARCLAY, puisqu'elle serait alors la seule en son genre sur le marché.

5.- Enfin, je me dois d'attirer votre attention sur le fait que votre action pourrait tomber sous le coup de l'art. 55, al. 1, de la convention, excluant la controverse tabac santé, et de l'art. 55, al. 5, de cette même convention.

Si une infraction à l'art. 55, al. 1, de la convention ne me paraîtrait pas réalisée, en revanche je suis plus hésitant pour la seconde disposition citée. Celle-ci interdit tout commentaire des indications en teneurs. Or, en commentant, même oralement, une indication en teneurs de la cigarette du concurrent, on commente indirectement et a contrario les indications de ses propres cigarettes en faveur desquelles il est entendu que l'expérience est faite (sinon elle n'a pas sa raison d'être).

Cette disposition conventionnelle m'amènerait à préconiser ici le contraire de ce que j'ai dit plus haut : je déconseillerais l'expérience sur d'autres cigarettes que la BARCLAY ou, à tout le moins, sur les seules cigarettes de votre fabrication.

6.- Comme vous le voyez, je ne puis, comme souvent lorsque l'appréciation joue un grand rôle dans la résolution d'un problème, vous garantir l'impunité de votre action, quelle que soit la manière dont vous l'envisagez.

Veuillez croire, cher Monsieur, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Ph. Champoud, av.

2025443181

Source: https://www.industrydocuments.ucsf.edu/docs/mywb0003